Tatsächliche Vertretung

(Ein Beitrag zur Lehre von der Vertretung).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

BERNHARD KÖRNIG

Gerichtsreferendar

aus Münster (Westf.)

1937.

Buchdruckerei Hugo Prull, Oldenburg i. O.

Tatsächliche Vertretung

(Ein Beitrag zur Lehre von der Vertretung).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

BERNHARD KÖRNIG

Gerichtsreferendar

aus Münster (Westf.)

1937.

Buchdruckerei Hugo Prull, Oldenburg i. O.

Dekan: Professor Dr. K a s e r
Referent: Geh.-Rat, Professor Dr. K r ü c k m a n n
Korreferent: Professor Dr. S c h u m a n n

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis 4

A. Einleitung:

§ 1. Rechtsgeschäftliche und tatsächliche Vertretung 6

B. Erster Teil:

§ 2. Bisherige Behandlung des Problems 8
§ 3. Außervertragliche Haftung in Kleinbetrieben 9
§ 4. Zwiespalt zwischen Gesetzesbestimmung und Rechtsübung . . 12
§ 5. Außervertragliche Haftung in Großbetrieben 13
§ 6. Notwendigkeit der Abstellung des Mangels, gezeigt an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts 15
§ 7. Geschichtlicher Ueberblick über die außerkontraktliche Haftung 16
§ 8. Versuch einer ausgleichenden Regelung 18
§ 9. Das Verhältnis der §§ 31 und 831 BGB zueinander 19
§ 10. Lösung des Problems durch Einführung des Begriffs der tatsächlichen Vertretung 21

C. Zweiter Teil:

§ 11. Rechtsübung und der Begriff der Rechtshandlung 22
§ 12. Anwendung rechtsgeschäftlicher Vertretungsgrundsätze auf Realakte 25
§ 13. Aufzählung der einzelnen Realakte 26
§ 14. Verarbeitung 28
§ 15. Fund, Schatzfund und Bergung 30
§ 16. Immaterialgüterrecht 32
§ 17. Nichtvertretungsfähige Realakte 33

D. Schluß:

§ 18. Strafrechtliche und konkursrechtliche Folgerungen 34

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch. 14. Aufl. Berlin und Leipzig 1937.

Beseler: Zwangsvertretung. Deutsche Juristenzeitung. Jahrg. 1912. Sp. 894 ff.

Biermann: Bürgerliches Recht. Bd. I. Berlin 1908.

Bluntschli und **Maurer:** Deutsche Rechtssprichwörter. Nördlingen 1864.

Brodmann: Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. Jherings Jahrb. 58/187 ff.

Deetz: Der Haftungsgrund bei den unerlaubten Handlungen des BGB insbesondere bei § 831. Gruch. Beitr. 64/161 ff.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. I, 3. Aufl. Halle a. d. Saale 1905.

Dreyer: Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? 17. Deutsch. Juristentag. Bd. I, S. 46ff. Berlin 1884.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichs-Strafgesetzbuch, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht. I. Bd. Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil, Bd. I, 13. Bearbeitung. Marburg 1931.

Fleck: Der Bote (nuntius). Arch. f. bürg. Recht. Bd. 15, S. 337 ff. Berlin 1899.

Grünebaum: Probleme der Schadenshaftung. Deutsch. J. Z. 1908 Sp. 321 ff.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil. 2. Aufl. Berlin 1936.

Hanff, Alfred: Auftrag, Stellvertretung, Vollmacht, Vertrag auf Leistung an Dritte und ihre Beziehungen zueinander. Diss. Greifswald 1910.

Heinsheimer: Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen. Grünhuts Zeitschrift 1914, S. 115 ff.

Jsele: Geschäftsbesorgung, Umrisse eines Systems. Marburg in Hessen. 1935.

Jsay: Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens. 1924.

Jovy: Der Begriff der „Bestellung" im § 831 BGB. ArchbürgR 37/38 ff.

Jung: Bürgerliches Recht bei Stammler, das gesamte deutsche Recht. Berlin 1931.

Keßler: Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht. Berlin und Leipzig 1932.

Klein, Peter: In wieweit sind die Vorschriften über Stellvertretung auf die „Rechtshandlungen im engeren Sinne" analog anwendbar? in Oesterr. Zentralbl. für die Juristische Praxis. Jahrgang XXVIII. Wien. S. 465 ff. S. 553 ff S. 642 ff. S. 705 ff.

Klein, Peter: Zurücknahme von „Vorstellungsmitteilungen". ArchbürgR. Bd. 34, Heft 2, S. 323 ff.

Klein, Peter: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.

Klumpen: Vertretung bei der Verarbeitung. Diss. Marburg 1928.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Allgem. Teil, Berlin 1906.

Krückmann: Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, in die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. III. Berlin und Leipzig 1929.

Krückmann: Die absolute Wirkung der Miete. Leipz. Zeitschr. 1931. Sp. 1169.

Krückmann: Institutionen des bürgerl. Gesetzbuches. 5. Aufl. Berlin 1929.

Krückmann: Pflichterfüllung und Rechtsausübung. Jherings Jahrb. Bd. 65, S. 209 ff.

Krückmann: Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein, Archiv Prax. 108/179 ff.

Krückmann: Ermächtigung, Archziv. Prax. 139/26 ff.

Lenel: Zur Deliktshaftung der juristischen Personen. DJZ 1902, S. 9 ff.

R. Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Mandry-Geib: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. Freiburg 1898.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.

Meyer: Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Recht 1924, Sp. 277 ff., 312 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I, Allgemeiner Teil, Berlin und Leipzig 1888.

Oertmann: Schädigungen Dritter durch Vertragsverletzungen. In Leipz. Zeitschr. 1931, Sp. 211.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1913. Bd. III, 4. Aufl. Berlin 1920.

Protokolle des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I Berlin 1897. Bd. III, Berlin 1899.

Richter, Paul: Zur Lehre von der Vertretung bei Nichtrechtsgeschäften. Diss. Rostock 1913.

Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Archiv Prax. Bd. 93, S. 131 ff.

Savigny, v.: System des heutigen römischen Rechts. Bd. III. Berlin 1840.

Schloßmann, Siegmund: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. I. Teil, Leipzig 1900.

Schloßmann, Siegmund: Organ und Stellvertreter in Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 289 ff.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. III, Stuttgart-Leipzig-Berlin 1937.

v. Staudinger: Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1925.

v. Staudinger: Sachenrecht. Teil 1, 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1926.

Stobbe, Otto: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. III, 3. Aufl. Berlin 1898.

Strauß: Das Fundrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1908.

Spakler, Wolfgang: Fremdwirkung bei rechtsgeschäftlichem Handeln ohne gemeinsames Vorliegen der beiden Voraussetzungen des § 164 I, 1 BGB Diss. Marburg 1932.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, Leipzig 1910.

Vaihinger: Die Philosophie des „Als-Ob". Berlin 1911.

Wahl: Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht unter Vergleichung mit dem deutschen Recht dargestellt an Hand der Fälle der action directe. Beitr. z. ausländ. intern. Privatrecht, Heft 9, Berlin-Leipzig 1935.

Warneyer: Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts. Berlin und Leipzig 1936.

Weigert: Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, Berlin 1925.

A. Einleitung.

§ 1.

Rechtsgeschäftliche und tatsächliche Vertretung.

Im Sprachgebrauch erscheint der Begriff „Vertretung" in der verschiedensten Form. Der Wissenschaftler „vertritt" seinen Standpunkt, der Rechtsanwalt seine Partei und der Beamte seinen abwesenden Amtsgenossen. Der Papst erscheint als „Stellvertreter" Christi, der Gesandte als „Vertreter" seines Volkes. Diese Beispiele mögen zeigen, wie umfassend die Bedeutung des Wortes Vertretung ist.

Was hier interessiert, ist der Begriff der „Vertretung", wie er im Rechtsleben in Erscheinung tritt. Von allen Rechtsgebieten, wo dieser Begriff von Bedeutung ist, etwa dem öffentlichen Recht (Prozeß- und Völkerrecht), tritt er auf dem Gebiete des Privatrechts am schärfsten hervor. Jeder dieser Erscheinungsformen der Vertretung liegt der Gedanke zu Grunde, daß „eine Handlung für einen anderen vorgenommen wird".[1]) Es handelt sich dabei um eine Wahrnehmung fremder Interessen, wo für die eine oder die andere der in Beziehung zueinander tretenden Parteien ein Dritter, eben der Stellvertreter, auftritt. Wenn man diese Begriffsbestimmung zu Grunde legt und die Regelung der Vertretung im BGB in den §§ 164 ff betrachtet, so geht schon rein äußerlich aus der Einordnung der Bestimmungen unter den Abschnitt der Rechtsgeschäfte hervor, daß die dort im BGB genannte Art der Stellvertretung rein rechtsgeschäftlicher Natur sein muß.

Stellvertreter ist, wer Geschäfte, die zum Rechtskreis eines anderen gehören, für diesen wahrnimmt. Hierdurch wird nur die direkte, echte Stellvertretung charakterisiert.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle die davon verschiedene, sogen. mittelbare, unechte Stellvertretung[2]) auf Grund der Ermächtigung angeführt[3]), bei welcher der Stellvertreter zwar für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen Geschäfte schließt.[4])

Die direkte und mittelbare Stellvertretung (rechtsgeschäftliche Ermächtigung) werden durch Willensakt begründet: § 166 II BGB.

---

[1]) Spakler a. a. O. S. 9.

[2]) Von v. Jhering wird der Handelnde in Jherings Jahrb. Bd. 1 S. 313 „Ersatzmann" und von Scheurl in Jherings Jahrb. Bd. 2 S. 19 und Heye a. a. O. S. 2 „Zwischenperson" genannt.

[3]) Krückmann, Arch. ziv. Prax. 139/26 ff.; Reichsgerichtspraxis S. 92.

[4]) Hanff a. a. O. S. 7.

Neben dieser Art der Vertretung kennt das BGB noch „die sogen. ‚gesetzliche Vertretung', die bei der Einrichtung der elterlichen Gewalt, Schlüsselgewalt, Vertretungsmacht des Vormundes, Pflegers, Beistandes der Mutter, Testamentsvollstreckers, Nachlaß-, Konkurs- und Zwangsverwalters zum Ausdruck kommt."[5])

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, wollte man auf den Streit über die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers, Nachlaß-, Konkurs- oder Zwangsverwalters eingehen. Daher sei hier kurz auf die gegensätzlichen Auffassungen hingewiesen. Der Konkursverwalter z. B. wird im allgemeinen weder als Vertreter des Gemeinschuldners noch als solcher des Gläubigers angesehen. Man betrachtet ihn vielmehr als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ (Amtstheorie). Diese Theorie, die dem Konkursverwalter ein „Amt" zuschiebt, glaubt damit alles erklärt zu haben.[6])

Man übersieht aber dabei, daß dem Entstehungsgrunde nach hier ein Fall der Ermächtigung und zwar einer behördlichen vorliegt. Tatsächlich sind diese „Verwalter" keine Personalvertreter, sondern reine Sachvertreter und zwar „ausschließliche und alleinige Sachvertreter unter Beiseitedrängung der eigentlichen Rechtsinhaber".[7])

Wenn Leonhard[7a]) den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erblassers bezeichnet haben will, wobei er Vertretung als Handeln aus der Rechtsmacht eines anderen im Gegensatz zum Handeln f ü r einen anderen (Einwirkung auf dessen Rechte), verstanden haben will,[7b]) so übersieht er dabei, daß der Testamentsvollstrecker nicht kraft Bevollmächtigung, sondern kraft gesetzlicher Ermächtigung tätig wird (§ 2200 BGB). Er begründet seine Ansicht 1. mit der Bestimmung des § 2197 BGB, daß der Testamentsvollstrecker vom Erblasser ernannt werde, 2. mit der geschichtlichen Entwicklung des Testamentvollstreckers, wobei er auf den Salmann als Verwalter des Totenteils zurückgreift.

Zu der ersten Begründung ist zu sagen, daß die §§ 2200, 2202 BGB entgegenstehen, die ein Mitwirkungsrecht, bezw. ein Ernennungsrecht des Nachlaßgerichts, also eine behördliche Ermächtigung vorsehen. Was die zweite Begründung angeht, so gibt Leonhard selbst zu, daß der Salmann den „Totenteil verwaltet", also Sachvertreter und kein Personalvertreter ist.

---

[5]) Klein, Oesterreich. Zentralbl. S. 470.
[6]) Krückmann, Reichsgerichtspraxis S. 105 ff.
[7]) Krückmann Leipz. Ztschr. 1931 S. 1182.
[7a]) Leonhard Jherings Jahrb. Bd. 86 S. 13.
[7b]) Leonhard a. a. O. S. 17.

Außerdem ist Vertretung des Erblassers undenkbar, da der Vertretene ja längst tot ist. Leonhard will diesen Einwand damit ausräumen, daß er sagt, aus der Tatsache, daß die Vertreter einer noch nicht rechtsfähigen Person (Pflegschaft der Leibesfrucht § 1912 BGB) möglich sei, könne gefolgert werden, daß es auch Vertretung einer nicht mehr rechtsfähigen Person geben müsse. — Es handelt sich bei dieser Beweisführung aber um einen Fehlschluß, der auf unrichtigen Voraussetzungen, nämlich der Gleichsetzung der Begriffe tot und nicht rechtsfähig, beruht. Zudem übersieht Leonhard auch hier, daß sich die Pflegschaft der §§ 1912, 1913 BGB nicht auf Bevollmächtigung, sondern auf Ermächtigung stützt.

Eine dritte und letzte Art der Stellvertretung, die auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts gesetzlich geregelt ist, ist die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht: §§ 177 ff. BGB.

Die Vielgestaltigkeit der Lebenserscheinungen, die das bürgerliche Recht umgrenzt, läßt aber noch andere Formen der Vertretung, nämlich solche nicht rechtsgeschäftlicher Art zu, die unter den Begriff einer „tatsächlichen Vertretung" gebracht werden können.

Die Macht des Vertreters, des Geschäftsbesorgers wie ihn Isele nennt, kann eine Macht zu nicht rechtsgeschäftlichem Handeln sein: Die Befugnis zur Vornahme rein tatsächlicher Betätigung im Rechtskreise des Geschäftsherrn".[8])

Es handelt sich hierbei:

1. Um das große Gebiet der Handlungen rein tatsächlicher Natur, die ein Dritter an Stelle eines anderen ausführt;
2. um die Vertretung bei den sogen. Rechtshandlungen.

B. Erster Teil.

§ 2.

Bisherige Behandlung des Problems.

Der Begriff der nicht rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Vertretung ist bisher noch fast nie auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts angewandt worden. Das Problem ist aber schon bald nach dem Inkrafttreten des BGB von Schloßmann[9]), Rümelin[10]) und Leonhard[11]) erkannt worden.

[8]) Isele, S. 72, 73 Anm. 20.
[9]) Schloßmann S. 37.
[10]) Rümelin S. 150.
[11]) Leonhard, Allgem. Teil S. 309 III.

Doch lehnte man die Anwendung des Begriffes auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts ab, da man glaubte, ohne Aufnahme dieses Begriffes in die Vertretungslehre auskommen zu können. Man war der Ansicht, die in Frage kommenden Fälle hätten an anderen Stellen des BGB eine ausreichende Regelung erfahren.

Rümelin war der Meinung, eine einheitliche Zusammenfassung der vorkommenden Fälle unter einem einheitlichen juristischen Vertretungsbegriff sei nicht möglich. Zudem bestehe mit der im Gesetz geregelten rechtsgeschäftlichen Vertretung keinerlei Zusammenhang. Auch Manigk[12]) spricht sich gegen eine Ausweitung des Vertretungsbegriffes aus, da das Institut der Vertretung nur der Privatautonomie zu dienen bestimmt sei. Mit der Vertretung wolle der Vertretene Rechtswirkungen herbeiführen, die er selbst erstrebe, aber durch eigenes Handeln nicht erzeugen wolle oder könne. Aus diesem Zwecke der Vertretung ergebe sich, daß sie nur im Bereich der Rechtsgeschäfte möglich sei; denn diese allein dienten der Privatautonomie. Nur bei ihnen träten die Rechtsfolgen deswegen ein, weil sie gewollt seien. Bei denjenigen juristischen Handlungen (Rechtshandlungen), deren Wirkungen auch ungewollt einträten, sei eine Stellvertretung daher nicht möglich. Diese Lehre ist begriffsjuristisch und unzutreffend. Der Vertretungsbegriff ist auch auf Rechtshandlungen anwendbar, was später nachgewiesen werden soll.

Man war der Ansicht, mit der Rechtsfigur des Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) alle die Fälle, die über den Rahmen einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertretung hinausgingen, genügend erfassen zu können. Daß man hiermit in der Praxis tatsächlich nicht auskommt, soll im folgenden aufgezeigt werden. Es soll dabei durch Einführung des Begriffs der tatsächlichen Vertretung, der von Krückmann bereits bei der Lehre von der Verarbeitung von Sachen angewandt wird,[13]) versucht werden, die hier entstandene Lücke zu schließen.

§ 3.

Außervertragliche Haftung in Kleinbetrieben.

Zu diesem Zweck ist es erforderlich, an Hand der Rechtsprechung zu zeigen, in welcher Weise bisher die außerkontraktliche Haftung des „Bestellers" nach § 831 BGB durchgeführt wurde.

[12]) Manigk S. 314.
[13]) Krückmann, Jherings Jahrb. Bd. 65, S. 230.

Bei der Sichtung der Rechtsprechung ergibt sich die Tatsache, daß die Anwendung des § 831 auf Kleinbetriebe zu ganz anderen Ergebnissen führt, wie bei Großbetrieben. Auf den Grund dieser Auswirkung soll im nächsten Paragraphen eingegangen werden, nachdem hier an Beispielen die Haftung in Kleinbetrieben erläutert ist.

Der Kleinbetrieb ist in seiner ganzen Art nach auf eine persönliche Fühlungnahme zwischen dem Geschäftsherrn (Besteller) und dem Ausführenden abgestellt. Es sei nur an das vielfach noch patriarchalische Verhältnis des Meisters zum Gesellen und das des Lehrherrn zum Lehrling erinnert. Man arbeitet gemeinsam an einem Werk, und wenn der Meister abwesend ist, so führt der Geselle nach den Plänen und Anweisungen des Meisters die Arbeit weiter, d. h. er „vertritt" seinen Meister in der Ausübung seiner Tätigkeit.

Der Entscheidung des RGZ in Warneyer 1918 S 171 liegt folgender Tatbestand zu Grunde: Der Kläger ist in einem, einem Nichtfachmann gehörigen zahnärztlichen Ambulatorium falsch behandelt worden und hat dadurch einen Schaden erlitten. Die Behandlung hat ein dort beschäftigter Dentist vorgenommen. Zur Frage der Exkulpation nach § 831 BGB wird vom Inhaber auf die gute Ausbildung des fraglichen Dentisten hingewiesen. Wenngleich auch das Reichsgericht in diesem Falle den Exkulpationsbeweis nach § 831 I S. 2 BGB als nicht erbracht ansieht, so doch nur aus allgemeinen Erwägungen heraus. Es wird der Satz aufgestellt, der Leiter eines zahnärztlichen Instituts müsse sich vergewissern, ob der Mann, den er anstellen wolle, die hierzu erforderliche Umsicht besitze, und er müsse darauf dringen, daß der Angestellte auch demgemäß handele.

Die Entscheidung darüber, ob die „Umsicht" in solchen Fällen als ausreichend angesehen wird, ist oft an Zufälligkeiten in der Prozeßführung gebunden. Das darf aber nicht sein, sondern wenn der Geschäftsherr nicht selbst handelt oder handeln kann, muß er für seinen Vertreter voll einstehen. Eine gerechte Lösung dieser Fälle wird nur durch die Einführung des Begriffes der tatsächlichen Vertretung zu finden sein.

Ähnlich liegt der Fall in den folgenden Entscheidungen, wo das Reichsgericht, um zu einer befriedigenden Lösung zu kommen, im Gegensatz zu seiner sonstigen Auffassung, auch dann einen Vertrag zu Gunsten Dritter anzunehmen bereit ist, wenn der Versprechensempfänger dem Dritten selbst haftet.

RGZ. 87/290: Der Kläger, ein Arzt, wird von einem Kloster zu einem Kranken gerufen. Das Kloster setzt sich mit dem Beklagten in Verbindung, der den Arzt durch seinen Knecht zum Kloster fahren läßt. Unterwegs verunglückt der Arzt durch Verschulden des Knechtes. — Das Reichsgericht löst den Fall in der angegebenen Weise derart, daß es im Wege weitgehendster Ausdehnung zu einer Haftung des Beklagten nach § 328 in Verbindung mit § 278 BGB kommt.[14])

RGZ. 98/210: Feldwebel Z. hat seinen Untergebenen, den Kläger, beauftragt, mit Hilfe einer Kreissäge des Beklagten für ihn Gegenstände aus Holz zu schneiden. Das Holz hatte der Feldwebel vom Beklagten gekauft, der ihm auch die Säge zur Verfügung stellte. Ein bei dem Beklagten angestellter Schreiner zeigte dem Kläger die Handhabung der Kreissäge. Er unterließ es aber, dem Kläger zu zeigen, daß zur Sicherung bei der Arbeit ein Spaltkeil eingesetzt werden müsse. Da der Kläger beim Arbeiten diese Sicherheitsvorrichtung nicht anwandte, wurde er an seiner Hand schwer verletzt. — Nach der Lage dieses Falles würde dem Beklagten der Exkulpationsbeweis nach § 831 gelungen, mithin der Verletzte auch der Geschädigte gewesen sein. Aber um auch hier zu einem angemessenen Ergebnis zu kommen, nimmt das Reichsgericht wieder den Ausweg über die §§ 328, 278 BGB.

RGZ. 127/218: Die Klägerin ist Aufwartefrau bei einer Witwe. Sie hatte dieser bei einem Umzug in eine neue Wohnung geholfen. Dort war von einem Monteur der Beklagten eine Gasuhr angebracht worden. Die Klägerin bemerkte Gasgeruch in der Wohnung. Um diesem nachzugehen, leuchtete sie mit einem Streichholz die Leitung ab, wobei eine Explosion entstand, durch die sie erheblich verletzt wurde.

Auch in diesem Falle stellt das Reichsgericht fest, daß der zwischen der Witwe und der Beklagten geschlossene Vertrag auch zu Gunsten der Klägerin wirke, weil die Witwe der Aufwartefrau ja selbst für den Schaden aufkommen müsse, da sie sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung, die Arbeitsräume in gesundheitsgemäßem Zustand zu erhalten (§ 618 BGB), der Beklagten als Gehilfin nach § 278 BGB bedient habe.[15]) Es hat den Anschein, daß man zu dieser Entscheidung gekommen ist, indem man nachträglich etwas in einen Vertrag hineininterpretierte, was wahrscheinlich

[14]) Wahl, S. 193.
[15]) Wahl, S. 194.

garnicht beabsichtigt war, und das nur, um zu einem erträglichen Ergebnis zu kommen.

RG in Warneyer 1921 S. 114: Die bei ihrer Tante wohnende Klägerin hat sich infolge schlechter Flurbeleuchtung des Treppenhauses den Fuß gebrochen. Es befand sich durch Schuld der Hausmeisterin nur ein halber Glühstrumpf in der Lampe. Das Reichsgericht läßt vertragliche Haftung eines Hausbesitzers gemäß der §§ 328, 278, BGB zu, wenn vom Mieter bei Abschluß des Mietvertrages in einer für den Vermieter erkennbaren Weise die Interessen der mit ersterem zusammenwohnenden Angehörigen wahrgenommen wurden.

Ob das in diesem Prozesse tatsächlich noch ermittelt wurde, geht aus der Entscheidung nicht hervor. Wird unterstellt, daß die Beweisaufnahme nichts derartiges ergeben habe, so bliebe der Klägerin nur der Weg über § 831 BGB. Die Entscheidung dürfte in diesem Fall darauf beruhen, ob dem Beklagten die Exkulpation gelingt oder nicht. Das wiederum ist davon abhängig, ob der Hausmeisterin „nur ein zufälliges Vergreifen in den Mitteln zur Last“[16]) gelegt werden kann, oder ob ihr eine „gewollte Gepflogenheit“ nachgewiesen wird. Bei der Entscheidung wird es also darauf ankommen, ob der Beklagte beweisen kann, er habe die Hausmeisterin genügend beaufsichtigt, bezw. beaufsichtigen lassen.

Ganz ähnlich liegt der Fall bei der Entscheidung RGZ 59/203, wo es auch nur darauf ankam, nachzuweisen, ob der Besteller seinen Verrichtungsgehilfen mit der im Verkehr gebotenen Sorgfalt ausgewählt hatte.

§ 4.
Zwiespalt zwischen Gesetzesbestimmung und Rechtsausübung.

§ 831 Abs. I BGB lautet:

1. „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt.
2. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr

[16]) Seite 115 der genannten Entscheidung.

erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde."

Die Bestimmung scheint sich für Großbetriebe und kleine, handwerksmäßige Betriebe in der gleichen Weise auswirken zu können. Der Geschäftsherr haftet für das schädliche Tun seines Beauftragten. Er entgeht der Haftung nur, wenn er den ihm in Satz 2 auferlegten Entlastungsbeweis führen kann.[17])

Aber gerade in der Behandlung der Exkulpation liegt der Grund für den Unterschied der Haftung bei Groß- und Kleinbetrieben. Die Rechtsprechung war es, die die Erbringung des Entlastungsbeweises für Großbetriebe völlig umgestaltet hat.

In einer älteren Entscheidung RGZ 53/56, in der ein Unfall durch Versehen eines Bahnbeamten entstanden war, der eine zum Bahnbetriebe gehörige Straßenlaterne nicht angezündet hatte, wurde sogar die Anwendbarkeit des § 831 BGB verneint. Es wurde in der Entscheidung behauptet, es würde im § 831 BGB neben der diligentia in eligendo nicht auch noch eine solche in custodiendo statuiert. Auf diese Weise erreichte man es, daß dem Geschädigten nur noch der § 823 BGB zur Geltendmachung seiner Ansprüche zur Seite stand. Dieses Ergebnis ist insofern von besonderer Wichtigkeit, als dadurch eine Umkehrung der Beweislast eintrat. Es wurde nicht mehr ein Verschulden der Bahnverwaltung vermutet, sondern der Kläger mußte ein schuldhaftes Verhalten des Bahnbeamten nachweisen. Also war der Geschädigte schlechter gestellt.

Von dieser Art das Problem zu behandeln, ging das Reichsgericht später ab. Grundlegend für die gesamte weitere Rechtsentwicklung auf diesem Gebiete wurde die Entscheidung RGZ Bd. 78 S. 107 ff und die dort genannte Entscheidung vom 6. März 1911, Rep. VI 435/10.

§ 5.

Außervertragliche Haftung in Großbetrieben.

Die genannte Entscheidung behandelt folgenden Fall:

Beim Aussteigen aus der Straßenbahn wird der Kläger von einem Omnibus der Beklagten, einer Verkehrsgesellschaft überfahren. Der Omnibus wurde von einem Fahrer gesteuert, der nicht von dem Vorstand der Gesellschaft, sondern von einem Betriebsbeamten ausgesucht und angestellt war.

---

[17]) Weigert S. 1; Meyer Sp. 278.

Das Reichsgericht führt zur Haftung nach § 831 BGB aus, wenn der Umfang und die Leitung eines großen Betriebes oder andere persönliche Hindernisse dem Geschäftsherrn die Auswahltätigkeit hinsichtlich der niederen Angestellten unmöglich mache, so habe sich der Entlastungsbeweis nur auf den Angestellten höherer Art zu erstrecken, der die Einstellung der Leute vornehme.

Für den Personalchef oder den Werkmeister, die auf Grund persönlicher Fähigkeiten zu solchen Posten berufen werden, wird dieser Entlastungsbeweis fast immer zu führen sein.[18]) Examen, Zeugnisse, Empfehlungen und dergleichen werden in den meisten Fällen die Tüchtigkeit und die sorgfältige Auswahl des Betreffenden unter Beweis stellen können.

Die Kommentare und Lehrbücher bringen zu dieser Frage nichts. Nur der Reichsgerichtsrätekommentar[19]), als der Verfechter der Reichsgerichtsjudikatur, führt dazu aus, die Vermutung eines Verschuldens des Geschäftsherrn müsse da eine Grenze finden, wo nach den gegebenen Verhältnissen die Möglichkeit eines Verschuldens aufhöre.

Bemerkenswert ist noch, daß diese, wie die folgenden Entscheidungen, die auf sie Bezug nehmen, alle vom damaligen VI. Senat gefällt worden sind. Daß man dort bei dieser Lösung trotz Erkenntnis des Problems blieb, ist umso erstaunlicher, als wenigstens ein Mitglied dieses VI. Senats anderer Meinung war und diese immer vertreten hat.[20]) [21])

Man suchte die Wirkung dieser Rechtsprechung einzuschränken, indem man aus dem § 831, wonach der Geschäftsherr sich bis zu dem Zeitpunkt der schädlichen Verrichtung von der Tauglichkeit des Schadenstifters oder der Gerätschaften überzeugt halten muß, im Gegensatz zur besprochenen Entscheidung im 53. Bande eine diligentia in custodiendo konstruierte. Aber auch hiermit kann man nicht zum Ziele kommen; denn der Betriebsführer kann seine Augen nicht überall haben, er muß sich in diesem Punkte auf seine „höheren Angestellten" verlassen können. Zudem wird er in vielen Fällen garnicht die nötigen Spezialkenntnisse haben können, um eine dementsprechende Beaufsichtigung selbst vornehmen zu können; denn die Leitung eines Großunternehmens muß aus zwingenden Gründen vielfach einem Kaufmann, nicht aber einem Fachmann anvertraut werden.

---

[18]) Weigert S. 6.
[19]) RGRKom. 7. Aufl. 1929 § 831 Anm. 5 c.
[20]) Meyer, Sp. 314 schreibt darüber: „Ich habe diese Rechtsprechung bekämpft, solange der Senat bestand, aber ohne Erfolg."
[21]) Auch heute noch liegen keine andersgearteten Entscheidungen vor. Vgl. Warneyer, Rechtsgrundsätze zu § 831.

§ 6.

Notwendigkeit der Abstellung des Mangels, gezeigt an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Weitere Fälle mögen den hier aufgezeigten Mangel erläutern. Ihre Aufzählung soll insbesondere die Notwendigkeit der Abstellung des Mißstandes klarstellen. Es sind Entscheidungen aus allen Gebieten des täglichen Lebens ausgewählt, um zu zeigen, daß nicht nur ein kleiner Personenkreis, sondern die Allgemeinheit davon betroffen wird.

RGZ 87/1: In einer Apotheke wird an den Kläger Brunnensalz, in das bei der Herstellung Glassplitter geraten sind, verkauft. Der Kläger wird durch dieses Medikament an seiner Gesundheit geschädigt. Das Reichsgericht nimmt an, daß zwischen der herstellenden Firma und dem Käufer keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Man kommt zwar zu einer Verurteilung der in Anspruch genommenen herstellenden Firma nach § 831 BGB, da das Revisionsgericht den Exkulpationsbeweis für sorgfältige Auswahl des Beaufsichtigenden in der Fabrik für nicht erbracht ansieht.[22])

An dieser Stelle nur der Hinweis, daß man mit der Einführung des Begriffs der tatsächlichen Vertretung eine einfachere und ebenso befriedigende Lösung hätte finden können, wenn man den mit der Herstellung des Salzes beschäftigten Arbeiter als „Vertreter" angesehen hätte.

RGZ in Warneyer 1912 Nr. 383:

Die Aufsicht über eine Provinzialstraße ist seitens der Beklagten einem Baurat übertragen worden. Infolge des schlechten Zustandes der Straße, der von dem Baurat zwar erkannt, aber dessen Beseitigung von ihm nicht mit der notwendigen Energie durchgeführt wurde, geschieht ein Unglücksfall.

Die Lösung des Falles erfolgte wiederum wie in der Entscheidung RGZ 78/107 auf der Grundlage der Verletzung der diligentia in custodiendo.

RGZ in Leipziger Zeitschrift 1914 Sp. 1718:

Beim Zusammenstoß des Transportwagens einer A.-G. in Hamburg mit einem Straßenbahnwagen in Berlin, wurde der Wagen der A.-G. beschädigt. Die Anstellung des Kutschers der A.-G. war durch einen Platzmeister der A.-G. erfolgt. Dieser Platzmeister unterstand dem B, einem Bevollmächtigten der A.-G. in Berlin. Zu den Aufgaben des B gehörte

[22]) Vgl. Krückmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 139 S. 74, der zu dem Ergebnis kommt, die Klägerin könne Liquidation ihres Schadens durch den Apotheker fordern, da dieser von ihr ermächtigt sei.

es, das niedere Fahrpersonal einzustellen. — Das Reichsgericht bemerkt zur Frage der Exkulpation, wenn der Platzmeister nicht von den Gesellschaftern beauftragt sei, Leute einzustellen, so müsse der B, der seiner Aufgabe entgegen eine Personaleinstellung durch den Platzmeister zugelassen habe, als nicht sorgfältig ausgewählt angesehen werden.

RGZ in JW 1913 S. 919 behandelt einen ähnlichen Fall, wo auch wieder der Entlastungsbeweis nur auf die Person eines höheren Angestellten abgestellt wird.

Ein weiterer, gedachter Fall mag zum Schluß der Aufzählung die Unzulänglichkeit des jetzigen Zustandes noch einmal beleuchten:

Eine Gesellschaft für Metallarbeiten übernimmt die Ausführung von Arbeiten im Hause des A. Einer der Gesellschafter und ein Gehilfe führen die Arbeiten aus. Fügt der Gesellschafter einem Dritten dabei einen Schaden zu, so muß die Gesellschaft gemäß § 31 BGB vorbehaltlos haften. Geschieht dieses durch den Gehilfen, so steht der Gesellschaft gemäß § 831 BGB der Weg zur Exkulpation offen.

Gerade dieser letzte Fall zeigt die Unhaltbarkeit des jetzigen Rechtszustandes, der auch noch in sozialer Hinsicht von Bedeutung ist. Gelingt es dem geschädigten Dritten nicht über § 831 BGB seinen Schaden ersetzt zu bekommen, wird er versuchen müssen, nach § 823 BGB gegen den wirtschaftlich viel schlechter stehenden Verrichtungsgehilfen vorzugehen. D. h. er wird vielfach von einer Klage überhaupt Abstand nehmen, da bei der Zwangsvollstreckung sich in den meisten Fällen Unpfändbarkeit herausstellen dürfte.

Eine weitere Frage ist, wem eine derartige Handhabung der §§ 831, 328, 278 BGB zu Gute kommt. Der Geschäftsherr ist es nicht; denn er kann mit Rücksicht auf das Risiko, das trotz allem mit einem derartigen Prozesse verbunden ist, auf eine Versicherung nicht verzichten. Den Nutzen hat also die Versicherungsgesellschaft. Für die Allgemeinheit besteht nur die schwache Möglichkeit, daß, wenn solche Befreiungsfälle sich häufen, die Versicherungsbeiträge ermäßigt werden.[23])

§ 7.

Geschichtlicher Ueberblick über die außerkontraktliche Haftung.

Nach altem deutschen Recht, z. B. den leges barbarorum mußte der Herr für das Vergehen seiner Leibeigenen, der

[23]) vgl. Meyer, Recht, Sp. 315.

einzigen Form, in der damals das Institut der „Stellvertretung“ in Erscheinung trat, einstehen. Es galt der Grundsatz: „Stiehlt der Knecht, so zahlt der Bauer“.[24]) Man begnügte sich nicht damit, daß der Leibeigene für seine Tat in eine öffentliche Strafe genommen wurde, sondern der Herr mußte außerdem noch den Schaden ersetzen oder eine Buße zahlen.[25])

Nach einigen Rechten wurde der Herr ähnlich dem römischen noxae datio frei, wenn er dem Beschädigten den Leibeigenen zu Eigentum gab.

In den leges Burgundionum XXI, § 2 heißt es nach Stobbe: „Arbeitet der Knecht als Handwerker für das Publikum, so soll, wenn er etwas everterirt, der Herr für ihn die Buße zahlen aut servi ipsius, si maluerit faciat cessionem.“

Der Grund dieser strengen Haftung des Herrn ist aus dem Umstand erklärlich, daß der Leibeigene zur Hausgemeinschaft gehörte, für die der pater familias aufzukommen hatte.

Als die Leibeigenschaft aufhörte und sich die vertragsmäßige Stellung des Gesindes entwickelte, trat die Haftung des Herrn zurück. Jetzt brauchte dieser nur noch dann einzustehen, wenn er dem Gesinde noch Lohn schuldig war.[26])

Obwohl der Satz, wer sich bei Ausführung kontraktlicher Leistungen eines Dritten bedient, für deren Versehen er einzustehen hat, nirgends ausdrücklich aufgestellt worden ist, ist doch dessen Gültigkeit aus einigen Quellen zu entnehmen.

So soll der Inhaber einer Badeanstalt dafür haften, wenn einem Badegast etwas von seinen Kleidern oder sonstigen Sachen, die er den Badedienern übergeben hat, wegkommt.[27])

Aus einer anderen Stelle:[28]) „das ist darumb gesetzt das man siecht voran dy wirtleut und nicht die ehalten (Gehilfen)“, glaubt Stobbe[29]) den Grund für diese Haftung ableiten zu können. Er sagt: „Wer in rechtliche Beziehungen mit dem Gehilfen tritt, will doch die Wirkungen dieser Beziehungen auf den Herrn bezogen wissen. Wie bei dem Kontrahieren durch Stellvertreter die Wirkungen auf den Prinzipal bezogen werden, so wird dem Geschäftsherrn auch die culpa seiner Gehilfen zugerechnet.“

Ebenso kannte das ältere englische Recht die unbedingte Haftung des master für ein tort des servant. Der Grund

---

[24]) Dreyer S. 71 Anm. 76; Bluntschli und Maurer S. 300 Ziffer 129.
[25]) Stobbe S. 548.
[26]) vgl. Stobbe S. 550. Anm. 8.
[27]) Münch. Willkür bei Auer, Münch. Stadtrecht art. 511, S. 1920 zit. nach Stobbe S. 551.
[28]) Ruprecht v. Freis. II. c. 39. zit. nach Stobbe S. 551.
[29]) Stobbe S. 551.

dieser Haftung geht hier auf die eben genannte Haftung des älteren deutschen Rechts zurück.[30])

Aus der Reihe der neueren ausländischen Rechte seien insbesondere das französische Recht und die von ihm beeinflußten Tochterrechte angeführt, die mit der Ausschließung jeglicher Möglichkeit eines Entlastungsbeweises die unbeschränkte Haftung des Geschäftsherrn für schädigende Handlungen seiner Untergebenen auch für das Gebiet der außervertraglichen (tatsächlichen) Verhältnisse durchgeführt haben.[31])

Die betreffende Bestimmung des Art. 1384 code civil lautet: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde."

„Les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés."

Wenn auch diese Regelung als zu weitgehend vielfach angegriffen wird,[32]) so hat sie doch gegenüber der des heutigen deutschen Rechts den Vorzug, daß eine unterschiedliche Behandlung von Groß- und Kleinbetrieben fortfällt.

§ 8.

Versuch einer ausgleichenden Regelung.

Wie die aufgeführten Fälle ergeben, führt die Anwendung des § 831 BGB besonders bei Großbetrieben geradezu zu einer Rechtlosigkeit des Beschädigten, da dem Inhaber eines solchen Betriebes fast immer der Entlastungsbeweis gelingen dürfte. Grünebaum sagt:„Hier hat dem BGB der Tropfen sozialen Öls gefehlt."[33])

Das Ergebnis einer solchen Rechtsanwendung widerspricht dem gesunden Rechtsempfinden. Das zu erreichende Ziel ist klar: Eine stärkere Haftung des Geschäftsherrn. Jetzt gilt es, hierzu eine logische Begründung zu finden!

Es sei an dieser Stelle auf das Wort von Isay[34]) hingewiesen: „Heute lösen fast alle Juristen die Aufgabe (der Urteilsfindung) im wesentlichen mit dem Instinkt und dem Rechtsgefühl — und das sind die guten Juristen — oder im wesentlichen mit logischen Erwägungen, und das sind die schlechten Juristen."

---

[30]) Keßler, S. 45.
[31]) Weigert S. 46.
[32]) Heinsheimer S. 123; Weigert S. 48 ff.
[33]) Grünebaum Sp. 321, 326.
[34]) Isay S. 16; Weigert S. 7.

Der bereits mitgeteilte Fall, wo für eine Gesellschaft für Metallverarbeitung ein Gesellschafter und ein Gehilfe arbeiten, und dessen Lösung zu dem wohl unbefriedigensten Resultat aller aufgeführten Entscheidungen führt, gibt einen Hinweis, in welcher Richtung das Ergebnis liegen muß.

Nun gilt es auf Grund der Rechtsgedanken, die im BGB einen Niederschlag gefunden haben, das aufgezeigte Ziel zu erreichen. Der § 831 des Gesetzes beschränkt weitgehendst die außerkontraktliche Haftung für den „tatsächlichen Vertreter". Es sieht nach der Fassung dieser Bestimmung so aus, als ob man eine weitgehende Haftung eines solchen im BGB grundsätzlich ausschließen wollte. Das ist aber nicht der Fall, wie die Fassung des § 31 BGB erkennen läßt.

Er lautet:

„Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt."

Die Haftung des Vereins stellt sich als eine Erweiterung über die im § 831 BGB aufgestellten Haftungsgrundsätze des Verrichtungsgehilfen im Hinblick auf den Vorstand, ein Mitglied desselben oder auf einen anderen verfassungsmäßigen Vertreter, dar.[35])

Eine solche erweiterte Haftung desjenigen, der für einen anderen handelt, ihn also tatsächlich vertritt, würde derartige unbillige Ergebnisse, wie sie oben angeführt sind, unmöglich machen.

Ob eine derartige Regelung mit dem Grundgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang zu bringen ist, soll im folgenden untersucht werden.

§ 9.

Das Verhältnis der §§ 31 und 831 BGB zueinander.

Um das feststellen zu können, muß auf den Sinn und die Struktur des § 31 BGB, der die Haftung des Vertreters des Vereins abgrenzt, eingegangen werden. Dabei muß das Phänomen genau betrachtet werden, das wir gewohnt sind, im Gegensatz zu der natürlichen Person, als juristische Person zu bezeichnen.

Diese hier in Erscheinung tretende Vielheit von Personen behandeln wir in unserem Rechtsleben als Einheit. Um das tun zu können, muß ein juristischer Kunstgriff angewandt werden. Die Anwendung dieses Kunstgriffes wird mit Fiktion

[35]) Planck § 31 Erl. 1 c.

bezeichnet. „Der psychologische Mechanismus ihrer Anwendung besteht darin, daß ein einzelner Fall unter ein für ihn nicht eigentlich bestimmtes Vorstellungsgebilde subsumiert wird. Der Grund dieser Methode ist folgender: weil die Gesetze nicht alle einzelnen Fälle in ihren Formeln umfassen können, so werden einzelne besondere Fälle abnormer Natur, so betrachtet, als ob sie unter jene gehörten."[36])

Mit einer solchen fictio juris wird etwas Nichtgeschehenes als geschehen oder ungekehrt betrachtet; oder man bringt einen Fall unter ein analoges Verhältnis in einer Weise, die in schroffem Gegensatz zur Wirklichkeit steht. Die Fiktion stellt sich als eine bewußte Erfindung dar;[37]) sie ist hier Mittel zum Zweck. — Die Körperschaft wird behandelt, als ob sie eine Person sei, während es in Wirklichkeit, z. B. bei einem Verein von 30 Mitgliedern, nur eine Personenmehrheit von 30 Personen ist, die durch eine der dreißig oder auch eine einunddreißigste, eben den Vertreter, handelt.

Wie man sich das Handeln dieses Vertreters vorstellt, etwa als Organ, wie es die herrschende Lehre tut,[38]) ist gleichgültig. Viel wichtiger ist festzustellen, daß man die juristische Person ebenso wie die natürliche als vertretungsfähige „Person" ansieht.

Zur Erläuterung, wie weit man den Haftungskreis ihres Vertreters ziehen wollte, sei auf die Protokolle zum BGB hingewiesen.[39])

Sie besagen:

„Es sei kein Grund, einzusehen, weshalb die Körperschaft zwar haften solle, wenn ein Vorstandsmitglied in Ausübung seiner verfassungsmäßigen Vertretungsmacht schuldhaft Schaden stifte, nicht aber, wenn die Schadenszufügung in Ausführung einer ihm durch einen Auftrag des Vorstandes übertragenen Verrichtung erfolge. Die Haftung müsse allgemein auf jede Schadenszufügung von seiten eines Angestellten der Körperschaft erstreckt werden. Dies entspreche ebenso altem deutschen Rechte wie dem Gedanken der neueren Gesetzgebung, daß der Unternehmer eines Betriebes für die durch denselben verursachten Schäden ohne Rücksicht auf Verschulden aufkommen müsse."

Diese weitergehende Auffassung wollte man nicht in den heutigen § 31 BGB aufnehmen, da man der Ansicht war, eine Regelung dieses Zustandes im Kapitel der unerlaubten Handlungen treffen zu können. Aber auch hier wurde die

[36]) Vaihinger S. 46.
[37]) Vaihinger S. 48.
[38]) vgl. z. B. Planck § 31 Erl. 1 c.
[39]) Protokolle I, S. 523.

Haftung für den Vertreter, wie die Fassung des § 831 BGB zeigt, nur beschränkt durchgeführt.

Das Unterscheidungsmerkmal der Haftung des Vertreters des § 31 BGB und der des Angestellten im Sinne des § 831 BGB liegt in der Berufung des Vertreters zur Tätigkeit innerhalb seines Geschäftsbereichs durch die Satzung oder auf Grund einer Bestimmung der Satzung.[40]) Aber gerade diese Regelung ist schuld daran, daß, wie gezeigt, bei derselben Art und Betätigung einmal eines Gesellschafters und das andere Mal eines Gehilfen, eine ganz verschiedenartige Haftung eintritt.

Da sowohl für eine juristische, wie auch für eine natürliche Person, ein Vertreter handeln kann, besteht, da ja beide gleich, d. h. „als Personen" behandelt werden, keine Veranlassung, Haftungsgrundsätze der einen Art nicht auch auf die andere Art anzuwenden. Die Haftungsgrundsätze des Vertreters des § 31 BGB wären mithin auf den sogen. Verrichtungsgehilfen des § 831 BGB anwendbar. Der Begriff des „Verrichtungsgehilfen" könnte bei dieser ausgedehnten Haftung dann durch den des „tatsächlichen Vertreters" ersetzt werden, wenn die Bestimmungen des § 31 BGB nicht nur für rechtsgeschäftliche Vertretung, sondern auch für tatsächliche Vertretung zur Anwendung kommen. Dieses bliebe somit noch zu prüfen.

§ 10.
Lösung des Problems durch Einführung des Begriffs der tatsächlichen Vertretung.

Im § 31 BGB wird von „Verrichtungen" des Vertreters gesprochen. Es erscheint nicht zweifelhaft, daß darunter sowohl der Abschluß von Rechtsgeschäften als auch rein tatsächliche Handlungen zu verstehen sind. Schon bei der Beratung der Bestimmung wurde dieses ausdrücklich ausgesprochen. Ebenfalls weist der Sinn des Wortes darauf hin.

Trotz dieser Sachlage stritt man darüber, ob der Vertreter des § 31 BGB nicht ausschließlich zur Vornahme von Rechtsgeschäften befugt sei. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auch in diesem Falle darauf, das BGB kenne nur rechtsgeschäftliche Vertreter. Was gegen diese Begründung spricht, ist bereits oben erörtert worden.

„Für eine freiere Deutung des Wortes sprechen aber die triftigsten Gründe. Es heißt in § 31 „ein Mitglied des Vorstandes oder ein a n d e r e r verfassungsmäßiger Vertreter."[41]) Aus der Wendung „e i n a n d e r e r", ergibt sich, daß

[40]) Achilles-Greiff § 31 Anm. 3; RGZ 91/4; Staudniger Anm. 2 a.
[41]) Lenel S. 10.

§ 31 in jedem Mitglied des Vorstandes, dem satzungsgemäß eine Verrichtung zusteht, einen Vertreter erblickt. Nun sind aber die Mitglieder des Vorstandes als einzelne an sich durchaus keine rechtsgeschäftlichen Vertreter des Vereins. Sie sind es nur, wenn und soweit die Satzung ihnen individuelle Vertretungsmacht erteilt. Wenn es demgemäß nach dem Wortlaut des § 31 vollkommen sicher ist, daß ein Vorstandsmitglied, dem als einzelnem satzungsgemäß die technische Leitung eines Betriebes, nicht aber die rechtsgeschäftliche Vertretung des Vereins zusteht, als „Vertreter" im Sinne des § 31 gelten muß, so erhellt, daß der Begriff „Vertreter" hier im weiteren Sinne gebraucht ist, und es fehlt jeder äußere, wie jeder innere Grund, bei den „anderen" Vertretern an dem Erfordernis rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht festzuhalten."

Dieser Meinung Lenels schließe ich mich an, weil sowohl der Wortlaut des Gesetzes als auch die nicht gerade enge Auslegung des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters" der Praxis dafür spricht.

Da von der Bestimmung des § 31 somit nicht nur der rechtsgeschäftliche Vertreter erfaßt wird, könnten die Haftungsgrundsätze dieses Paragraphen auf die im § 831 BGB vorgesehene Haftung angewandt werden. Das heißt aber Einführung des Begriffs der „tatsächlichen Vertretung" in die außerkontraktliche Haftung.

Leider steht aber die Bestimmung des § 831 BGB einer praktischen Durchführung dieses Gedankens entgegen. Um zu einer gerechten Lösung der genannten Fälle zu kommen, ist eine Änderung der Fassung des § 831 dringend nötig, wie auch die Praxis eine Änderung auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen, der Tierhalterhaftung nach § 833, schon bald nach dem Inkrafttreten des BGB erforderlich machte.

C. Zweiter Teil.

§ 11.

Rechtsausübung und der Begriff der Rechtshandlung.

Ein weiteres Gebiet, wo der Begriff der tatsächlichen Vertretung besonders in Erscheinung tritt, ist das der Rechtsausübung.

Diese kann erfolgen:

1. In der Form eines Rechtsgeschäfts,
2. in der Form einer Rechtshandlung.[42])

Zu 1.: Rechtsausübung in der Form eines Rechtsgeschäfts ist aus dem Rahmen dieser Betrachtungen auszuscheiden,

[42]) Richter S. 58.

da soweit hierbei „Vertretung" eine Rolle spielt, die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Vertretung der §§ 164 ff. BGB zur Anwendung gelangen.

Zu 2.: Die „andere Form" der Rechtsausübung wird von Krückmann[43]) mit Rechtshandlung bezeichnet. Da in der Literatur der Ausdruck „Realakt" gebraucht wird, muß geprüft werden, ob zwischen beiden Bezeichnungen ein Unterschied besteht. Dieses ist besonders deswegen nötig, weil daneben noch Bezeichnungen wie „rein äußere Handlungen" und „Tathandlungen" vorkommen.

Man sagt, Rechtshandlungen seien Willens- und Vorstellungsäußerungen, bei denen die Rechtsfolgen unabhängig von dem Inhalt der Äußerungen einträten.[44]) Es fehle bei ihnen der Wille zum Erfolg der Handlung. Gerade das Fehlen des Erfolgswillens sei es, daß die Rechtshandlungen von den Rechtsgeschäften unterscheide.[45])

Da aber Fälle vorkämen, meint Richter,[46]) wo auch einmal ein Erfolgswille vorhanden sei, der allerdings für den Eintritt der Rechtswirkung unerheblich sei, scheine es richtiger zu sein, den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung in der Unerheblichkeit des Erfolgswillens zu sehen. Bei den Rechtshandlungen sei ebenso wie bei den Rechtsgeschäften eine Erklärung, die sich auf ein rechtliches Verhältnis beziehe, vorhanden. Es müsse daher auch bei ihnen ein Erklärungswille insoweit verlangt werden, als ein Wille nötig sei, um die Erklärung bezw. die Aeußerung, nach außen hin in Erscheinung treten zu lassen.

Unter einem Realakt dagegen versteht man eine erlaubte, tatsächliche Handlung, die Rechtsfolgen nach sich zieht. Die Realakte werden auch wohl „Tathandlungen" genannt.[47]) Sie sind Handlungen, die sich auf ein tatsächliches Verhältnis beziehen.

Im Gegensatz zur Rechtshandlung sagt Richter,[48]) fehle es bei dem Realakt an der Kundgebung eines geistigen Vorgangs, nämlich des rechtsgeschäftlichen Willens oder der rechtsgeschäftlichen Vorstellung. Er führt weiter aus, wenn den Realakten auch der Erklärungswille fehle, so könne doch bei ihnen „ein Wille im natürlichen Sinne" vorliegen. Dieser Wille könne sich aber nur auf die in dem Realakt enthaltene tatsächliche Handlung beziehen.

---

[43]) ArchzivPrax. Bd. 65 S. 231/232.
[44]) Klein, Oesterr. Zentralbl. Bd. 28., S. 467; Endemann Bd. I S. 278; Manigk S. 701, 725 ff.
[45]) Manigk, S. 184;Enneccerus S. 331.
[46]) Richter S. 13.
[47]) Biermann, Bürgerl. Recht, S. 117.
[48]) Richter S. 15.

Wenn Richter[49]) dann zu dem Ergebnis kommt, wesentlich für ein Rechtsgeschäft sei der Erfolgs- und Handlungswille, für die Rechtshandlung nur der Handlungswille, während es bei den Realakten „derartige rechtlich voll beachtliche Willensmomente" überhaupt nicht gebe, so widerspricht er damit seinen oben aufgestellten Behauptungen, weil er bei Realakten immerhin eine Willensbetätigung zugeben muß. Die Art einer Willensbetätigung unter einen Begriff zu subsumieren und sie ihrem Inhalt nach genau abzugrenzen, ist unmöglich, da der innere Wille eines Menschen nicht feststellbar ist. Erst der in der Handlung zum Ausdruck gekommene Wille kann rechtlich gewürdigt werden. Da eine Scheidung „des Willens im natürlichen Sinne" des Realakts von dem „Handlungswillen" der Rechtshandlung nicht möglich ist, ist auch die darauf aufgebaute Trennung von Rechtshandlung und Realakt hinfällig.

Der Versuch Richters, auf Grund des Willensmomentes einen Unterschied zwischen Realakt und Rechtshandlung zu konstruieren, muß daher schon aus praktischen Gründen als gescheitert betrachtet werden.

Auch die Motive zeigen, daß man bei der Schaffung des BGB nur an Rechtshandlungen im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften gedacht hat.[50])

„Den Rechtsgeschäften als Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind. Die hervorragendste Stelle unter den letzteren nehmen die unerlaubten Handlungen ein. Es gibt aber auch eine Reihe von Handlungen solcher Art, welche keine Delikte sind, und welche nicht ungeeignet mit Rechtshandlungen bezeichnet werden."

Am zweckmäßigsten und am richtigsten dürfte die Auffassung von Enneccerus[51]) sein, der die Rechtshandlungen als erlaubte menschliche Handlungen bezeichnet, deren Rechtswirkung nicht durch den Inhalt des Willens, sondern direkt und zwingend durch das Gesetz bestimmt wird.

Er teilt die Rechtshandlungen in „geschäftsähnliche Handlungen", die die Äußerungen eines geistigen Vorgangs, nämlich eines Willens oder einer Vorstellung enthalten und in „Realakte".

---

[49]) Richter S. 16.
[50]) Motive S. 127; Eltzbacher S. 158.
[51]) Enneccerus § 128 IV, 2.

„Die Realakte erfordern nur die Bewirkung eines tatsächlichen, dem Gebiete des Rechts nicht angehörigen (technischen) Erfolges, der nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine Rechtswirkung hervorruft.“[52])

Die Bezeichnung Kleins „rein äußere Handlungen“ einzuführen, ist wenig angebracht. Es sei z. B. auf dichterische und musikalische Schöpfungen hingewiesen.[53])

§ 12.
Anwendung rechtsgeschäftlicher Vertretungsgrundsätze auf Realakte.

Es fragt sich nun, ob auf Rechtshandlungen und damit auch auf Realakte der im BGB niedergelegte Vertreterbegriff anwendbar ist. Sollte es der Fall sein, würde das heißen, daß insoweit rechtsgeschäftliche Vertretungsgrudsätze auf die tatsächliche Vertretung analog angewandt werden könnten.

Die Beantwortung dieser Frage ist aber davon abhängig, ob die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB, die die Rechtsfolgen der Stellvertretung bei Willenserklärungen (Rechtsgeschäften) betreffen, nur auf diese abgestellt sind, oder inwieweit sie auch auf Rechtshandlungen anwendbar sind.[54])

Darüber herrscht lebhafter Streit im Schrifttum.

So lehnt Manigk[55]) eine derartige Erweiterung des Vertreterbegriffs ab, da Vertretung nur auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte möglich sei; denn nur jene dienten der Privatautonomie. Nur bei ihnen träten die Rechtsfolgen deswegen ein, weil sie gewollt seien und unterblieben, wenn sie nicht gewollt seien.

Auch Enneccerus[56]) kommt zu einer Ablehnung, mit der Begründung, daß die Realakte mit den Willenserklärungen zu wenig zu tun hätten.

Wenn auch Biermann[57]) und Enneccerus eine analoge Anwendung der Vertretungsvorschriften ablehnen, so geben sie doch zu, daß bei einigen Realakten eine Vertretung denkbar sei.

Eine Zwischenstellung nimmt auch Leonhard[58]) ein, der eine Analogie grundsätzlich anerkennt, aber eine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze auf „der Wahrnehmung nicht bedürftige Erwerbsakte“ wie Aneignung und Verarbeitung bezweifelt.

---

[52]) Enneccerus § 128 IV, 2 b.
[53]) Klein, Rechtshandlungen, S. 29 ff.
[54]) Klein, Oesterr. Zentralbl. S. 465.
[55]) Manigk, S. 314.
[56]) Enneccerus § 128 IV 2 b.
[57]) Biermann§ 79 Abs. II; Enneccerus I § 194 II b.
[58]) Leonhard S. 309.

Zustimmend erklärt sich weiterhin Dernburg,[59]) indem er eine unbedenkliche Anwendung der Vorschriften über Vertretung bei Willenserklärungen anerkennt.

Ebenso spricht sich Klein[60]) für eine Anwendung der Vertretungsbestimmungen aus. Seine Begründung stimmt mit den im § § 1 gemachten Ausführungen überein, man dürfe aus dem Umstande, daß das BGB in den §§ 164 ff. nur die Vertretung bei Willenserklärungen erwähnt und geregelt habe und die Materialien nur auf die Stellvertretung bei Willenserklärungen hinwiesen, nicht den Schluß ziehen, das BGB habe die analoge Anwendung der Stellvertretungsvorschriften auf die Rechtshandlungen ausschließen wollen.

Zudem kann man demjenigen, der die Anwendbarkeit genannter Vorschriften auf die Realakte ablehnt, entgegenhalten, daß z. Zt. der Abfassung des BGB noch zahlreiche Handlungen als Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) angesehen wurden, die in Wirklichkeit Rechtshandlungen sind. Es müßten daher die Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB über das später schärfer und enger abgegrenzte Gebiet der Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) erheblich hinausgehen.[61])

§ 13.

Aufzählung der einzelnen Realakte.

Wie gezeigt, erweist sich eine grundsätzliche Ablehnung der Stellvertretung bei Rechtshandlungen als nicht richtig. Ob bei den einzelnen Realakten Stellvertretung oder nur Gehilfentätigkeit möglich ist, läßt sich nur aus dem Wesen der einzelnen Handlungen nachweisen.[62]) Zuvor muß daher eine Abgrenzung der Begriffe Gehilfentätigkeit und Stellvertretung erfolgen.

Gehilfenschaft bezeichnet das Innenverhältnis, Vertreterschaft dagegen das Außenverhältnis. Einige kleine Beispiele mögen das Gesagte erläutern. Wenn es heißt: „Fass am andern Ende an, und hilf mir tragen", so ist das Gehilfentätigkeit. Heißt es dagegen: „Trag du allein und bringe die Sache zu X", so ist Vertretung gegeben. Diese beiden Beispiele ergeben, daß nämlich beides, Gehilfenschaft und Vertretung zusammen vorkommen kann. In diesem Falle würde das Beispiel lauten: „Fass mit an, wir wollen die Sache zu X bringen".

Ist daher die Tätigkeit eines Besitzdieners oder dergleichen ausschließlich darauf gerichtet, das Macht- und

[59]) Leonhard S. 470.
[60]) Klein, Rechtshandlungen S. 55, 57, Anm. 77.
[61]) Klein, Rechtshandlungen S. 55.
[62]) Klein, Rechtshandlungen S. 59.

Gewaltverhältnis über die Sache für den „Herrn" herzustellen, so ist Gehilfentätigkeit gegeben. Wenn dagegen derjenige, der für den anderen Besitz ergreift, auch das Rechts- bezw. Kausalverhältnis, auf Grund dessen dann der Besitzerwerb (Besitzübergabe) erfolgte, regeln sollte, so liegt Stellvertretung vor.[63])

Für die Untersuchung im einzelnen ist im allgemeinen die Aufzählung der „rein äußeren Handlungen" von Klein zu Grunde gelegt.[64])

Es kommen in Betracht:

I. Verarbeitung und Umbildung (§§ 950, 951 BGB);

II. 1. Fund (§§ 965 ff. BGB),
2. Schatzfund (§ 984 BGB),
3. Bergung von Seeauswurf und strandtriftigen Gegenständen, sowie von versunkenen und seetriftigen Gegenständen (Strand. O. §§ 13—17, 20, 21, 23, 24, 26, 27);

III. 1. Das Versehen einer Sache mit einer Einrichtung und die Wegnahme einer Einrichtung (§§ 258, 500, 547 II, 601, 951 II, 1049 II, 1216, 2125 BGB),
2. Die Fortsetzung des Gebrauchs der gemieteten Sache durch den Mieter nach dem Ablaufe der Mietzeit (§ 568 BGB),
3. das Einbringen von Sachen (§§ 559 ff. BGB),
4. das Verfolgen von Tieren (§ 960 BGB), Bienenschwärmen (§§ 961, 963 BGB) und die Aufgabe der Verfolgung,
5. die Aufsuchung und Wegschaffung (§ 867 BGB),
6. das Bauen über die Grenze (§ 912 BGB),
7. der Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen einer Sache (§ 956 BGB), soweit Besitzergreifung durch den Erwerber vorliegen muß,
8. das Abschneiden und Behalten der von einem Nachbargrundstück eingedrungenen Wurzeln eines Baumes oder Strauches und der herüberragenden Zweige (§ 910 BGB),
9. das vorsätzliche oder fahrlässige Unterlassen von Erklärungen,
10. Handlungen erlaubter Selbsthilfe (Notstandshandlungen) und die Notwehr- (Selbstverteidigungs-) handlungen (§§ 227—231, 904 BGB).

---

[63]) vgl. Klein, Oesterr. Zentralbl. S. 727.
[64]) Klein, Oesterr. Zentralbl. S. 713 ff.

IV. 1. Die Herstellung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes, an die der Erwerb des Urheberrechts geknüpft ist,
2. die Rückkehr (§ 16 II BGB),
3. Verbindung und Vermischung (§§ 946 ff. BGB),
4. die Verzeihung (§§ 532, 1570, 2337, 2343 BGB).

§ 14.
Verarbeitung.

Daß die Verarbeitung kein Rechtsgeschäft ist, ist unbestritten.[65]) Es scheidet daher eine direkte Anwendung rechtsgeschäftlicher Vertretungsgrundsätze aus. Eine analoge Anwendung solcher Rechtssätze auf Realakte kann aber in den Fällen zugelassen werden, wo die Rechtswirkungen entweder auf eine bloße Handlung oder auf bestimmte Tatsachen zurückzuführen sind.

Das liegt bei der Verarbeitung vor. Eine analoge Anwendung der Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB auf § 950 BGB ist möglich; denn die Rechtswirkungen der Vertretung beruhen nicht auf einem Vertretungswillen, sondern auf Vertretungstatsachen.[66])

Wenn die herrschende Lehre eine Vertretung bei der Verarbeitung ablehnt, so doch nur aus dem Grunde, weil man glaubt, mit einer bloßen Gehilfentätigkeit auskommen zu können.

Kober[67]) führt zur Frage der Vertretung aus, daß die Arbeit des Gesellen oder Dienstboten als Arbeit des Meisters oder Arbeitgebers gelte. Dieses sei besonders dann der Fall, wenn der Bearbeitende die Tätigkeit in dessen Haushalt, Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse vorgenommen habe und den Weisungen des Prinzipals unterworfen sei. Wolle er selbst Eigentum erwerben, genüge nicht nur der innere Wille, sondern es bedürfe außerdem noch besonderer äußerer objektiver Umstände. Diese Auffassung scheint außerdem noch in den Protokollen eine Stütze finden.

Es kommt darin zum Ausdruck,[68]) daß „herstellen lassen" obwohl darin keine Vertretung liege, dem „herstellen" gleichstehe. Diese Protokollstelle kann aber gegen die analoge Anwendung der Vertretungsgrundsätze im Sinne einer tatsächlichen Vertretung nicht vorgebracht werden, da man damals unter Vertretung nur eine solche im Willen verstand.

---

[65]) Brodmann Archiv Prax. 58/227; Planck zu § 950 1 c; Staudinger § 950 Anm. 5.
[66]) Klumpen S. 65.
[67]) in Staudinger § 950 Anm. 5.
[68]) Prot. III, S. 243.

Auch Brodmann[69]) gibt zu, ohne die Möglichkeit einer Vertretung anzuerkennen, daß es zu einem unerträglichen Rechtszustand bei der organisierten Arbeitstätigkeit führen würde, wenn z. B. der Goldschmiedegeselle keinen Ring anfertigen, keinen Stein fassen könnte, ohne Eigentümer des gefertigten Schmucks zu werden. Er stellt den Satz auf:[70]) „nach welcher das, was durch die Arbeit der einen oder der mehreren Hilfspersonen oder durch ihre Mitarbeit geschieht, als die Leistung des Leiters der Arbeit erscheint, dessen Persönlichkeit dabei diejenige wirtschaftliche Einheit repräsentiert, welche als der Schuldner dem Gläubiger gegenübersteht." Brodmann will damit das Problem auf den „Gegensatz der unselbständigen zur selbständigen Arbeit" abstellen.

Er versucht hiermit ein juristisches Problem auf Grund wirtschaftlicher Erwägungen zu lösen, ein Verfahren, dem nicht zugestimmt werden kann. Aber selbst wenn man dieses zuläßt, kommt man zu keinem Ergebnis, da z. B. eine auftragsmäßige Verarbeitung in einer Fabrik keine andere Wirkung haben kann als eine Verarbeitung in der eigenen Werkstatt.[71])

Die Lösung des Problems muß vielmehr da gesucht werden, wo die Grenze zwischen Verarbeitung kraft eigenen und fremden Rechtes liegt. Da wo der Spezifikant kraft eigenen Rechtes handelt, erwirbt er selbst Eigentum, wo er das nicht tut, vertritt er tatsächlich einen anderen, eben den Eigentümer der zu verarbeitenden Sache.[72])

Daß eine analoge Anwendung der Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB möglich ist, ergibt die Tatsache, daß der Wille des Spezifikanten für die Rechtswirkungen des § 950 BGB bedeutungslos ist. Der Arbeiter erwirbt Eigentum für den Fabrikherrn, ob er will oder nicht. V. Savigny[73]) führt dazu das Beispiel an, daß, wenn ein Arbeiter im Wirtschaftsbetriebe eines anderen eigene Stoffe für eigene Zwecke verarbeitete, doch der Inhaber des Betriebes Eigentümer der hergestellten Sache würde. Er prägt hierfür den Ausdruck „notwendige Vertretung". Wenn auch dieses Beispiel für unser heutiges Recht nicht mehr ganz paßt, so zeigt es doch, daß es auf einen Willen bei der Verarbeitung nicht ankommen kann.

---

[69]) Jherings Jahrb. Bd. 58 S. 227.
[70]) Jherings Jahrb. Bd. 58 S. 226.
[71]) Krückmann, Jherings Jahrb. Bd. 65, S. 229.
[72]) Krückmann, Jherings Jahrb. Bd. 65, S. 230: „Das ganze Problem ist ausschließlich auf die Begriffe: Recht, Rechtsbesitz, Rechtsübung und tatsächliche Vertretung zu bringen."
[73]) v. Savigny § 113 S. 97.

Eine notwendige Vertretung liegt oft in solchen Fällen vor, wo der Arbeiter gezwungen wird, Arbeit zu leisten. Es sei hier an die Arbeit in den Zuchthäusern gedacht, die von den Sträflingen ausgeführt wird. Desgleichen lag eine notwendige Vertretung bei Kriegsgefangenen vor, die in Fabriken arbeiten mußten. Ein mangelnder Wille des Spezifikanten kann in diesen Fällen auf den Eigentumserwerb des Staates keinen Einfluß haben.[74])

Da Verarbeitung durch einen Vertreter Rechtsausübung für den Eigentümer ist, kann es auch auf guten oder schlechten Glauben des Vertreters für den Eigentumserwerb nicht ankommen.

Wenn auch die herrschende Lehre[75]) auf dem Standpunkt steht, daß der Spezifikant Eigentum an der neuen Sache erwirbt, gleichviel ob er in gutem oder bösem Glauben ist, so wird dieses Ergebnis doch durch die Praxis wieder abgeschwächt.

Man läßt den Dieb durch Verarbeitung an der entwendeten Sache Eigentum erwerben, verlangt aber von ihm nach § 823 über die §§ 249—251 BGB vollen Schadenersatz. Da dieser grundsätzlich auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geht, muß nach Möglichkeit die Verarbeitung wieder rückgängig gemacht werden. Wird sie es, und kommt der Gegenstand in seinem alten Zustand wieder zu Tage, so muß der Gegenstand dem „früheren Eigentümer" wieder übereignet werden.

Dieses Beispiel diene als Beweis dafür, daß man sich in der Rechtsprechung nur davor scheut, die Verarbeitung als Rechtsübung und den Spezifikanten als tatsächlichen Vertreter anzusehen.

Weiterhin ist dem Hinweis Krückmanns[76]) zuzustimmen, daß die Theorie der wertschaffenden Arbeit nie soweit hätte ausgedehnt werden können, wie es geschehen ist, wenn man erkannt hätte, daß Verarbeitung durch einen anderen nichts anderes ist, als Ausübung fremden Eigentums.

§ 15.
Fund, Schatzfund und Bergung.

Die Frage, ob beim Fund und Schatzfund eine tatsächliche Vertretung möglich ist, kann nach dem heutigen Stand der Lehre von der Stellvertretung bejaht werden.

---

[74]) Klumpen S. 67.
[75]) vgl. z. B. Planck § 950 Anm. 1 c; Staudinger § 950, 1 b.
[76]) Jherings Jahrb. Bd. 65 S. 232.

Allgemein wird für den Fund anerkannt, daß er kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung ist,[77]) Planck[78]) stellt es weniger auf das Finden als auf das Ansichnehmen ab, wenn er von dem letzteren sagt, es handele sich dabei um eine Rechtshandlung. Enneccerus, der wie oben erwähnt die Rechtshandlungen in geschäftsähnliche Handlungen und Realakte teilt, bezeichnet folgerichtig den Fund als Realakt.[79]) — Wenn früher Klein[80]) für den Fund, Schatzfund und die Bergung die Möglichkeit einer Vertretung ablehnte, so hat er seine Auffasung in seiner Schrift über die Rechtshandlungen[81]) geändert, indem er schreibt, Vertretung sei auch hier begrifflich möglich. Er glaubt zwar, sie würde praktisch kaum in Erscheinung treten, da in den meisten Fällen beim Fund bezüglich des Ansichnehmens der verlorenen Sache, beim Schatzfund bezüglich des Schatzes, wie auch bei der Bergung, es sich nur um Gehilfentätigkeit handeln würde.

Ähnlich wie beim Fund, ist es bei dem Schatzfund. Auch bei diesem nimmt man an, daß es sich um eine Rechtshandlung bezw. um einen Realakt handelt.[82])

Man sagt, Entdecker sei auch derjenige (tatsächliche Vertreter), der die planmäßige, auf die Auffindung des Schatzes gerichtete Tätigkeit ins Werk gesetzt und geleitet habe.[83]) Staudinger,[84]) der auch auf diesem Standpunkt steht, führt dazu folgendes an:

„Läßt jemand durch andere (Arbeiter usw.) nach einem Schatze suchen (z. B. bei Ausgrabung von Altertümern), so vertreten diese ihren Auftraggeber, haben also (mangels anderweitiger Abrede) keinen Anspruch auf den Schatz. Arbeiter oder Angestellte, die bei ihren gewöhnlichen Verrichtungen z u f ä l l i g einen Schatz finden, können ihr volles Recht aus § 984 BGB beanspruchen."

Diesem kann im allgemeinen zugestimmt werden. Nur erscheint es mir nicht richtig, daß, wenn man schon eine Vertretung des Arbeitsherrn anerkennt, davon eine Ausnahme macht, wenn der Arbeiter z u f ä l l i g etwas findet. Es liegt hier m. E. wieder ein Fall sogen. notwendiger Vertretung vor, wie sie schon das römische Recht bezüglich des Eigentumserwerbs des Hausherrn durch den Sklaven kannte.

---

[77]) vgl. Biermann § 965 Anm. 2 b; RGR Komm. § 965 Anm. 2.
[78]) Planck § 965 Anm. 1 b.
[79]) Enneccerus Bd. I 1. Abt. § 128 III 3; Richter S. 49.
[80]) Klein, Oesterr. Zentralbl. XXVIII S. 723.
[81]) Klein, Rechtshandlungen, S. 61.
[82]) Soergel § 984 Anm. 2; Enneccerus § 128 III 3.
[83]) Soergel § 984 Anm. 2; RGZ 70/309.
[84]) Staudinger § 984 Anm. 3 i.

In ähnlicher Weise muß auch bei dem Begriff der Bergung von Seeauswurf und seetriftigen Gegenständen der Vertretungsbegriff angenommen werden.[85]) Wenn auch nach Art. 32 E. G. BGB die Vorschriften des BGB auf die Bergung keine Anwendung finden, vielmehr die Vorschriften der Strandungsordnung vom 17. V. 1884/R.G.Bl. 1874 S. 73 ff. in Kraft bleiben, so handelt es sich doch um ein dem Fund und Schatzfunde sehr ähnliches Rechtsgebilde. Bisher suchte man die rechtliche Natur des Eigentumserwerbs des Staates mit dem Ausdruck „transitus legalis" zu erklären, erkannte aber an, daß ein tieferliegender materieller Grund für den Eigentumsübergang auf den Fiskus vorliegen müsse.[86])

Es handelt sich m. E. bei der Bergung um die Ausübung eines Rechtes des Staates durch den Berger. Welchen Inhalt dieses Recht hat, ob es sich dabei um ein fiskalisches Strandrecht, oder um das generelle Recht des Fiskus auf alle herrenlosen Sachen, oder um einen Ausfluß der heutigen grundherrlichen Gewalt[87]) des Staates über das Meeresufer handelt, ist dabei belanglos.

Desgleichen ist in den im § 14 III Ziff. 1—10 dieser Arbeit angeführten Fällen eine tatsächliche Vertretung möglich, wie sich durch Beispiele ohne weiteres nachweisen ließe. Es sind dieses alles Fälle, wo der „Vertreter" auf Grund einer ganz allgemein erteilten Vollmacht (Prokura, Generalvollmacht usw.) auf eigenen selbständigen Antrieb und nach freiestem Ermessen für den Vertretenen handeln kann.[88])

§ 16.

Immaterialgüterrecht.

Als weitere Frage ist zu prüfen, wie sich der Begriff tatsächliche Vertretung zum Immaterialgüterrecht, also dem literarischen und künstlerischen Urheberrecht, sowie dem Patentrecht verhält. Es handelt sich hierbei besonders um die Beantwortung der Frage, wem die Erfindungen von Angestellten gehören.

Wenn auch der Erwerb des Immaterialgüterrechts ein Realakt ist,[89]) so ist dennoch nicht damit gesagt, daß dabei Vertretung möglich ist.

---

[85]) Klein, Rechtshandlungen, S. 61.
[86]) Mandry, S. 363; Strauß S. 70.
[87]) Der Verfasser ist der Ansicht, daß das Bergungsrecht Ausfluß einer solchen ist. Noch heute ist nach seinen Erkundigungen bei Insulanern einer ostfriesischen Insel, deren Familien seit mehreren hundert Jahren dort wohnen, die Auffassung vertreten, daß der Strand den Insulanern gehöre. Mithin gehöre ihnen auch alles das, was das Meer ihnen schenke.
[88]) vgl. Klein, Oesterr. Zentralbl. XXVIII, S. 72.
[89]) Klumpen S. 13; Richter S. 51.

Man muß zwei Fälle unterscheiden:

1. Es liegt bloße Gehilfentätigkeit vor. — In diesem Falle ist der Geschäftsherr Erfinder.

2. Der Dienstpflichtige handelt zwar nach freiem Ermessen und eigener Initiative, ist aber nach besonderer Vereinbarung oder, sei es, daß er speziell zu erfinderischer Tätigkeit angestellt ist, verpflichtet, alle Rechte dem Arbeitsherrn zu überlassen. Dieses ist der Fall der sogen. Werkserfindung.

Hier bleibt der Dienstpflichtige Erfinder. Nach außen erscheint die Erfindung aber als solche des Fabrikherrn bezw. des Werkes.[90])

Beim Immaterialgüterrecht ist also der Fall einer Vertretung begrifflich nicht möglich.

§ 17.
Nicht vertretungsfähige Personen.

Zur Erläuterung, daß nicht bei allen Realakten eine Vertretung möglich ist, sei auf den § 16 II BGB hingewiesen, der von dem „Zurückkehren" eines Verschollenen spricht. Auch hier ist ein Vertreten undenkbar.

Ferner sei auf die Vorschriften der Vermischung §§ 946 ff. BGB hingewiesen. Bei der Verbindung und der Vermischung kommt es nur auf den Erfolg an und nicht darauf, wie sie entstanden sind.[91]) Sie können sowohl durch eine menschliche Handlung als auch durch Naturereignisse eintreten.

„Verbindung" und „Vermischung" kann unter die Begriffe einer bloßen Tatsache oder eines Ereignisses gebracht werden, deren Folgen durch die Rechtsordnung geregelt werden. Für eine Vertretung ist daher kein Raum.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhange noch die Verzeihung. In welcher Form sie auch immer im BGB in Erscheinung tritt, z. B. bei der Schenkung (§ 532), der Ehescheidung (§ 1570), oder beim Erbrecht §§ 2337, 2343) immer ist es eine Äußerung höchstpersönlichen Empfindens.[92]) Daher ist schon aus diesem Grunde eine Vertretung unmöglich. Eine Prüfung der Rechtsnatur der Verzeihung, um daraus die Möglichkeit einer Vertretung zu erkennen, sei es, daß man sie als Willenserklärung, innere Tatsache, seelischen oder faktischen Vorgang auffaßt, ist deswegen überflüssig.[93])

---

[90]) vgl. Klein, Rechtshandlungen S. 61.
[91]) Richter S. 42.
[92]) Richter S. 30.
[93]) Manigk, S. 117, 118.

Tritt eine dritte Person bei der Verzeihung in Erscheinung, so kann ihr nur Botentätigkeit zufallen.

D. Schluß.

§ 18.

Strafrechtliche und konkursrechtliche Folgerungen.

Die Betrachtungen über die tatsächliche Vertretung sollen nicht abgeschlossen werden, ohne auf die straf- und konkursrechtlichen Folgerungen der gewonnenen Ergebnisse hinzuweisen.

Strafrechtliche Folgerungen ergeben sich besonders da, wo sich die tatsächliche Vertretung auf den Eigentumserwerb auswirkt, wie bei Verarbeitung, Fund, Schatzfund und Bergung. Beim Fund und dergl. wird allerdings eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des tatsächlichen Vertreters meist ausscheiden, da die an den Fund geknüpften Pflichten, z. B. Anzeige- und Ablieferungspflichten dem Finder, also dem Vertretenen, obliegen.

Anders ist es bei der Verarbeitung, deren strafrechtliche Folgerungen an Hand folgenden Beispiels erläutert werden mögen: Ein Zuchthausgefangener verschafft sich aus Anstaltsbeständen Metall und fertigt daraus heimlich eine Truhe an. Es fragt sich nun, ob er sich schon jetzt einer Unterschlagung schuldig gemacht hat, oder erst, wenn er den gefertigten Gegenstand mit fortnimmt. Wohl ist in der Verarbeitung des Metalls eine Zueignungsabsicht zu erblicken, aber wie schon im § 14 erläutert wurde, kann der im Zuchthaus arbeitende Gefangene durch Verarbeitung kein Eigentum erwerben. Eine Bestrafung wegen Unterschlagung kann daher kaum erfolgen. Wenn der Gefangene die fertige Truhe mit aus der Anstalt nimmt, ist allerdings dem Tatbestand des § 246 StGB Genüge geleistet.

Die Verarbeitung des Metalls kann höchstens als Sachbeschädigung gewertet werden. Die Streitfrage, ob man Verarbeitung als Sachbeschädigung auffassen kann, darf heute als gelöst betrachtet werden.[94]) Zumindest bringt das kommende Strafrecht eine Bestätigung der Rechtsentwicklung in dieser Richtung.[95])

---

[94]) Vgl. Ebermayer § 303 Anm. 4: „Beschädigung im Sinne von § 303 ist jede Einwirkung auf den Körper einer fremden Sache, durch welche die Brauchbarkeit der Sache für die ihr gegebene Zweckbestimmung erheblich vermindert wird."

[95]) Vgl. Gürtner S. 491.

Die Folgerungen der tatsächlichen Vertretung können aber auch konkursrechtlicher Art sein. Sie sind insbesondere bezüglich des Zugriffs Drittgläubiger von Bedeutung. Es sei hier an den Fall gedacht, wo nach erfolgter Verarbeitung sowohl Eigentümer als auch Verarbeiter in Konkurs fallen. Will sich der Drittgläubiger im Konkurse des Verarbeiters aus dem neugeschaffenen Gegenstand befriedigen, so kann ihm das Aussonderungsrecht des Bestellers gemäß § 43 KO. entgegengestellt werden. Will er im Konkurse des Eigentümers seine Befriedigung suchen, so muß er sich hier das Recht des Verarbeiters auf Absonderung gemäß § 48 KO. in Verbindung mit § 647 BGB entgegenhalten lassen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der Begriff der tatsächlichen Vertretung nicht nur im bürgerlichen Recht von Bedeutung ist, sondern, daß sich seine Auswirkungen auch auf andere Rechtsgebiete erstrecken.

Lebenslauf.

Am 7. 3. 1911 wurde ich als Sohn des damaligen Regierungs- und Schulrats, späteren Geheimen Regierungsrats, Regierungsdirektors Dr. phil. Franz Körnig und seiner Ehefrau, Anna geb. Leinemann geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Am 25. 2. 1930 bestand ich die Reifeprüfung am Städt. Realgymnasium in Münster. Ich studierte an der Universität Münster Rechtswissenschaften, mit Ausnahme des Sommersemesters 1930, wo ich an der Universität Genf und des Sommersemesters 1932, wo ich an der Universität Berlin eingeschrieben war. Am 14. 3. 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Hamm, in dessen Bezirk ich am 5. 4. 1935 zum Referendar ernannt wurde. Während meines Vorbereitungsdienstes diente ich vom 1. Oktober 1935 bis zum 30. Juni 1936 als Freiwilliger bei der 3. Kompanie der VI. Marineartillerieabteilung in Emden, bezw. Borkum. Zur Zeit bin ich Herrn Rechtsanwalt und Notar Terrahe II in Münster zur Ausbildung überwiesen. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 1. Dezember 1937.